

University of Groningen

Keuze voor een sanctiestelsel

Bröring, H.E.

Published in:
RegelMaat

DOI:
[10.5553/RM/0920055X2017032005003](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2017032005003)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Bröring, H. E. (2017). Keuze voor een sanctiestelsel: bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking? *RegelMaat*, 32(5), 317-335. <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2017032005003>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Keuze voor een sanctiestelsel: bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking?

H.E. Bröring

1. Inleiding

De verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht is sinds de jaren negentig van de vorige eeuw, toen de bestuurlijke boete op ruime schaal werd ingevoerd, een regelmatig terugkerend thema. Voor een deel is sprake van herhaling van zetten. Maar ook is sprake van een verandering in argumentatie. Dit heeft te maken met ontwikkelingen in zowel het strafrecht als het bestuursrecht. Uitgaande van de gedachte dat bestraffing in beginsel in het strafrecht thuishoort, staat in deze bijdrage de vraag centraal wat anno 2017 de argumenten ten gunste van de bestuurlijke boete zijn.

Ter beantwoording van deze vraag wordt allereerst, in paragraaf 2, een kort overzicht gegeven van de ontwikkelingen in het strafrecht en het bestuursrecht. Dat gebeurt aan de hand van het advies van de Raad van State van 13 juli 2015, *Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtsposities van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht*.¹ In dit advies geeft de Raad van State een scherp beeld van waar wij op dit moment staan in de discussie over de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht. Vervolgens komen in paragraaf 3 een aantal algemene verschillen én de samenhang tussen bestuursrecht en strafrecht aan de orde. In paragraaf 4 wordt uiteengezet dat de wetgever onvoldoende oog voor deze samenhang heeft. Daarna wordt in paragraaf 5 een aantal criteria voor de keuze tussen bestuurlijke boete en bestuurlijke strafbeschikking aan een nadere beschouwing onderworpen. In paragraaf 6 wordt bijzondere aandacht besteed aan het belang van het voorkomen van dubbele procedures, de politiek-bestuurlijke context van handhaving en de aard van de normen. Mijn bijdrage sluit af met een slotbeschouwing in paragraaf 7, waarin in samenvattende zin de centrale vraag van deze bijdrage wordt beantwoord.

Wie zich in het onderwerp van dit themanummer van *RegelMaat* verdiept, stuit naast de vele nota's en rapporten op een reeks wetenschappelijke boeken en artikelen. Ik zal daar spaarzaam naar verwijzen en mij vooral baseren op eigen onder-

1 Advies RvS W03.15.0138/II, *Stcrt.* 2015, 30280. Ik zie af van een chronologische bespreking van de vele voorafgaande nota's en rapporten, omdat er al voldoende overzichten beschikbaar zijn. Zie o.a. H.E. Bröring & B.F. Keulen, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017 en A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2015.

zoek, dat ik de afgelopen jaren samen met bestuurs- en strafjuristen heb verricht.² Dat onderzoek ging in belangrijke mate over keuzes van de wetgever. Diens keuzes staan ook in deze bijdrage centraal, met de beperking dat zij primair vanuit een bestuursrechtelijke invalshoek worden belicht.³

2. Stand van zaken; het advies van de Raad van State

2.1 Achterhaalde indicatoren

De oorspronkelijke redenen voor invoering van de bestuurlijke boete zijn bekend. Hoofdrede is een (gebleken of vermeend) handhavingstekort. Tegen die achtergrond werd aan de bestuurlijke boete de voorkeur boven strafrechtelijke handhaving gegeven, waar sprake is van: *duidelijke* normen en normen zonder *ethische* lading (dus onder andere geen letsel aan personen of schade aan goederen); in samenhang daarmee: *lichte* sancties (dus onder andere geen vrijheidsstraffen) en *eenvoudig* vast te stellen overtredingen; in samenhang daarmee: afwezigheid van de behoefte aan *ingrijpende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden* en aan de inzet van politie, de mogelijkheid van *standaardisatie* van boetetarieven, een verhoudingsgewijs geringe behoefte aan een *oordeel van de rechter*, afwezigheid van de behoefte aan *internationale samenwerking* (rechtshulp) en afwezigheid van de behoefte aan *documentatie*; in geval van decentralisatie: aanvaardbaarheid van *lokale verschillen* in handhaving, met de aantekening dat zulke verschillen waar het gaat om *bestraffende* handhaving minder snel geaccepteerd plegen te worden.

Als belangrijke argumenten ten gunste van de bestuurlijke boete werd voorts gewezen op de *verantwoordelijkheid* van het bestuur voor de handhaving van de eigen normen, de mogelijkheid tot het voeren van *integraal* handhavingbeleid, waarbij het bestuur herstelsancties en bestraffende sancties op elkaar kan afstemmen, en de *materiedeskundigheid* van het bestuur. Dit overzicht is niet uitputtend. Zo is voorts gewezen op het onderscheid tussen een *besloten* (voorkeur voor het bestuursrecht) en een *open* (voorkeur voor het strafrecht) *context*. Dit onderscheid betreft de omvang en intensiteit van (rechts)betrekkingen tussen een bepaald bestuursorgaan en een bepaalde groep normadressaten:

- 2 In welk onderzoek al die literatuur juist uitvoerig is betrokken. Zie m.n. H.E. Bröring, M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman & B.F. Keulen, *Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht*, Den Haag/Groningen: WODC/Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde RUG 2012, B.F. Keulen, H.E. Bröring, A.A. van Dijk, A. Postma & M.E. Buwalda, *De punitieve handhaving van de Omgevingswet*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015 en Bröring & Keulen 2017.
- 3 Dit laatste zou irrelevant moeten zijn. Maar er lijkt een verschil in benadering tussen straf- en bestuursjuristen te bestaan. Tekenend is het (in opdracht van het ministerie van Veiligheid en Justitie) door collega Berend Keulen en mij geschreven boekje *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*. Ofschoon het in volledige harmonie tot stand is gekomen, heeft het niet voor niets de vorm van een omkeerboek, d.w.z. een boek met twee voorkanten en dus zonder achterkant. Vrijwel alle omkeerboeken zijn trouwens kinderboeken.

‘Kenmerkend voor een besloten context is:

- a het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat met de uitvoering van zekere wetten is belast, en uit dien hoofde te maken heeft met een afgebakende doelgroep;
- b dat tussen dat orgaan en de doelgroep verbindingen zijn (vaak is er ook communicatie tussen beide) ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen.

Indien niet aan beide voorwaarden is voldaan, is er sprake van een open context: een niet of niet duidelijk afgebakende doelgroep en het ontbreken van rechtstreekse verbindingen.’⁴

Opmerkelijk is dat in de reeks nota’s en rapporten over de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht vrijwel niet, ten minste niet uitdrukkelijk, wordt ingegaan op het aspect van de *rechtswaarborgen*.⁵ Dat gebeurt wel in het advies van de Raad van State, en ook in de literatuur. Geruime tijd overheerste in de literatuur de opvatting dat het strafrecht meer waarborgen biedt dan het bestuursrecht. De laatste jaren is dat anders.⁶ Dat heeft in belangrijke mate te maken met de taakvervulling door de bestuursrechter, niet met de wetgever (doorgeschoten boetes, onvoldoende rechtseenheid; zie par. 4).

In zijn advies ontmaskert of relativeert de Raad van State een aantal van de hierboven genoemde redenen voor invoering van de bestuurlijke boete. Zo stelt hij vast dat bestuurlijke boetes lang niet altijd lichte overtredingen betreffen en lichte sancties zijn. Anders gezegd, de aard en ernst van het feit zijn lang niet altijd doorslaggevend. Van het grootste belang is de invoering van de strafbeschikking. De variant van de *bestuurlijke* strafbeschikking brengt, aldus de Raad van State, mee dat de argumenten inzake de verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving van de eigen normen, de mogelijkheid voor het bestuur tot het voeren van integraal handhavingsbeleid en de bestuurlijke materiedeskundigheid voor het keuzevraagstuk bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking geen relevantie meer hebben. Deze argumenten gelden immers voor de bestuurlijke strafbeschikking net zo goed als voor de bestuursrechtelijke optie; dat de strafbeschikking een traject binnen het strafrecht betekent, doet daar niet aan af.

4 Zie de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel, *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, 69, p. 6.

5 Wel impliciet, bijv. door in geval van behoefte aan ingrijpende opsporingsbevoegdheden een voorkeur uit te spreken voor het strafrecht vanwege de mogelijkheid van controle van een justitieel orgaan.

6 In dit verband moet worden gewezen op de VAR-jaarvergadering van 2014, waarin met overgrote meerderheid het standpunt werd ingenomen dat het bestuursrecht uit een oogpunt van waarborgen in het algemeen minstens zo aantrekkelijk – en waarschijnlijk zelfs aantrekkelijker – is als het strafrecht. Zie *Boetes en andere bestraffende sancties. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 23 mei 2014* (VAR-reeks 153; De Haag: Boom juridisch 2015), ter behandeling van de preadviezen van C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas.

2.2 *Rechtswaarborgen; concrete punten van verschil*

Nadat de Raad van State op overtuigende wijze het keuzevraagstuk bestuurlijke boete of strafrechtelijke handhaving in een nieuw daglicht heeft gesteld, zoomt hij in zijn advies in op het aspect van de rechtsbescherming. Dan komen concrete verschillen op het punt van hoorplicht en rechtsbijstand, beroepstermijn, griffierecht, schorsende werking van rechtsmiddelen, bewijsvoering, straftoemeting, verjaring en justitiële documentatie voor het voetlicht.⁷ Inderdaad zijn dit allemaal punten van verschil. Ik onderschrijf echter niet de suggestie die van het advies uitgaat dat het bestuursrecht op deze punten in het algemeen uit een oogpunt van rechtswaarborgen onderdoet voor het strafrecht.

In de eerste plaats dient men deze punten namelijk in hun context – van het strafrechtelijke respectievelijk bestuursrechtelijke stelsel – te bezien; anders kan een vergelijking mank gaan. Een voorbeeld is het griffierecht. Het betalen van griffierecht is in het bestuursrecht voor het instellen van beroep (art. 8:41 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)) – niet voor het maken van bezwaar (art. 7:15 lid 1 Awb) – een ontvankelijkheidsvereiste. In het strafrecht is daarentegen in het geheel geen griffierecht verschuldigd. Echter, in het strafrecht is er het risico dat de strafrechter een hogere boete oplegt dan de bij strafbeschikking opgelegde boete. Die kans is reëel, in aanmerking genomen dat de officier van justitie in geval van verzet tegen een strafbeschikking een hogere straf pleegt te vorderen dan de straf die bij beschikking was opgelegd. Vervolgens kan het zijn dat de strafrechter de strafeis van de officier van justitie overneemt of een straf oplegt die tussen de strafbeschikking en de strafeis in zit. Tot op zekere hoogte kan deze praktijk eenzelfde functie vervullen als die van het griffierecht: een prikkel om te voorkomen dat iedere bestrafte persoon doorprocedeert (de burger zou niets te verliezen hebben), waardoor de rechter overbelast zou raken en het systeem ondermijnd. Nu kan men erop wijzen dat uit soortgelijke overwegingen de wetgever in het bestuursprocesrecht, waar het gaat om de bestuurlijke boete, *reformatio in peius* mogelijk heeft gemaakt.⁸ Mij is echter geen enkel geval bekend waarin de bestuursrechter toepassing heeft gegeven aan de wettelijke bevoegdheid om de burger een hogere boete op te leggen dan bij beschikking was gebeurd.⁹

In de tweede plaats kan op diverse punten moeilijk worden gezegd of het ene handhavingstelsel beter is dan het andere. Het probleem is *dat* er een verschil is. Desgewenst kan het verschil vervolgens door aanpassing van wetgeving worden weggenomen. Zo kan de Awb (art. 5:10) op het punt van de invordering en

7 Het overzicht is niet compleet. Zo concludeert het CBb in een aantal uitspraken van 26 juni 2014, waaronder ECLI:NL:CBB:2017:215, dat een bestuurlijke boete van € 0 geen bestuurlijke boete in de zin van art. 5:40 lid 1 Awb is, omdat in dat geval geen sprake is van een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom. Zie daarentegen uitdrukkelijk art. 9a Sr: 'Indien de rechter dit raadzaam acht in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan, kan hij in het vonnis bepalen dat geen straf of maatregel zal worden opgelegd.'

8 Vooral op het terrein van de sociale zekerheid. Zie bijv. art. 47g lid 12 Pw.

9 Een dergelijke hogere boete past ook niet bij het model waarin beroepsgronden tegen een besluit worden aangevoerd.

bestemming van boetegelden aan het strafrechtelijke stelsel worden aangepast. Idem dito waar het bijvoorbeeld gaat om justitiële documentatie.¹⁰ Aandacht verdient dat het op onderdelen gelijktrekken van bestuursrecht en strafrecht meestal het effect heeft dat de rechtseenheid *binnen* deze rechtsgebieden wordt aangetast.

Wat betreft het niveau van de rechtsbescherming is naast het bestaan van concrete juridische punten van verschil en hun context voorts van belang hoe in de *uitvoeringspraktijk* met rechtswaarborgen wordt omgegaan. Een strafrechtelijke procedure betekent niet dat alle handelingen door een strafvorderlijk orgaan – een officier van justitie of een rechter – zelf worden verricht, zeker niet waar het gaat om strafbeschikkingen.¹¹ Het werkelijke niveau van rechtsbescherming hangt zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht in sterke mate af van hoe *feitelijk* bijvoorbeeld met justitiabelen wordt gecommuniceerd en sanctiebesluiten van een motivering worden voorzien. Het rapport *Beschikt en Gewogen* toont aan dat strafrechtelijke implementatie niet per se beter is dan bestuursrechtelijke implementatie (gezien het rapport eerder het tegendeel).¹² Dit geldt ook voor het stadium van verzet,¹³ aldus het rapport *Beproefd Verzet*.¹⁴ Uit de rapportages komt onder meer naar voren dat relatief vaak de bewijslevering onvoldoende is, verzetsprocedures te lang duren,¹⁵ en bij strafbeschikking opgelegde boetes door de rechter als te hoog worden bevonden (te weinig maatwerk). Ik ga hier niet nader op in. Er kan alleen worden geconstateerd dat strafrechtelijke afdoening waar het gaat om de praktische gang van zaken niet per se beter is dan bestuursrechtelijke bestraffing, zodat die praktische kant op zichzelf geen argument vormt voor een keuze van strafrechtelijke boven bestuursrechtelijke bestraffende handhaving.

2.3 *Tussenbeschouwing: sommige indicatoren achterhaald; geen strafrechtelijke exclusiviteit*

Het betoog van de Raad van State dat door ontwikkelingen in het bestuursrecht (onder andere bestuurlijke boetes soms ook voor moeilijk vast te stellen overtredingen, soms hoge boetes) en in het strafrecht (met name de introductie van de

10 Zie over het belang van documentatie de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 20 juni 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 29398, 563 (met bijlagen) over het ontbreken van documentatie m.b.t. recidive van overtredingen die onder het bereik van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersovertredingen (WAHV) vallen.

11 Mandaat is niet alleen in het bestuursrecht, maar ook in het strafrecht een veelvoorkomende figuur.

12 *Beschikt en Gewogen. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen*, Den Haag 2014; rapport van de procureur-generaal bij de Hoge Raad in het kader van het in art. 122 lid 1 Wet RO bedoelde toezicht.

13 Tot op zekere hoogte te vergelijken met de heroverweging in het bestuursrecht (bezwaar; in geval van een bestuurlijke strafbeschikking meer nog met administratief beroep).

14 *Beproefd Verzet. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij de afhandeling van het verzet tegen een OM-strafbeschikking*, Den Haag 2017; rapport van de procureur-generaal bij de Hoge Raad in het kader van het in art. 122 lid 1 Wet RO bedoelde toezicht.

15 Dit betreft meer specifiek de doorlooptijden bij de Centrale Verwerking Openbaar Ministerie (CVOM). Zie voorts F. van Tulder, R. Meijer & S. Kalidien, 'Van schikking naar strafbeschikking?', *NJB* 2017, p. 383-392.

H.E. Bröring

bestuurlijke strafbeschikking) bepaalde indicatoren voor de keuze tussen bestuurlijke boete en strafrechtelijke handhaving zijn achterhaald, is overtuigend. Naar mijn mening rechtvaardigt dit echter nog geen (exclusieve) voorkeur voor het strafrecht.

De door de Raad van State geïnventariseerde concrete punten van verschil verdienen alle nadere aandacht. Het meest relevant zijn de straftoemeting en, getuige een conclusie van A-G Keus,¹⁶ de bewijsvoering. Sommige onderwerpen, zoals laatstgenoemd item, vragen vooral aandacht van de rechter. Andere onderwerpen, zoals het griffierecht, justitiële documentatie of schorsende werking van rechtsmiddelen, betreffen niet zozeer rechtsvorming door de rechter als wel rechtsvorming door de wetgever.¹⁷

Het enkele gegeven *dat* er concrete verschillen zijn, is eveneens ontoereikend voor een (exclusieve) voorkeur voor het strafrecht. Idem dito waar het gaat om tekortkomingen in de praktijk van bestraffende procedures. Die praktijk wijst niet op een hoger niveau van rechtsbescherming in het strafrecht dan in het bestuursrecht. Onverschillig of het om strafrechtelijke of bestuursrechtelijke implementatie gaat, is zorg voor (en zijn investeringen in) de kwaliteit van uitvoering nodig. Aan de rapporten *Beschikt en Gewogen en Beproefd Verzet* zijn daarom op zichzelf geen argumenten te ontleen voor een voorkeur voor strafrecht of bestuursrecht.¹⁸

3. Algemene verschillen én samenhang

3.1 De plaats van de beschikking

In het bestuursrecht staan besluiten van bestuursorganen centraal. De rol van de bestuursrechter is in beginsel beperkt tot het toetsen van besluiten (hier: boetebeschikkingen). In het strafrecht staat daarentegen de ‘vol’ beslissende strafrechter centraal. Dit verschil moet meteen worden gerelativeerd. Zo wordt ook de bestuursrechter geacht ‘vol’ over de hoogte van boetes te oordelen,¹⁹ en moet hij indien nodig zelf in de zaak voorzien (art. 8:72a Awb). Aan de andere kant komt het sinds de invoering van de strafbeschikking ook in het strafrecht voor dat een niet-rechterlijk orgaan, de officier van justitie (een bestuursorgaan), een bestraffend besluit neemt.

16 Zie diens conclusie d.d. 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034. De conclusie is uitgebracht in een tweetal zaken waarbij een bestuurlijke boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) was opgelegd. Naar de reden voor het vragen van deze conclusie speciaal over bewijsvoering kan worden gegist. Mogelijk schuilt hij in het advies van de Raad van State. Zie over de conclusie verder O. Jansen, ‘Bewijsvergaring in het boeterecht als Chefsache’, *NJB* 2017, p. 1584-1593. Voorts R. Stijnen, ‘De onschuldpresumptie bij de oplegging van bestuurlijke boetes: recente ontwikkelingen inzake bewijskwesities en het nemo-teneturbeginsel’, *JBplus* 2017, p. 123-144.

17 Zie Bröring e.a. 2012, p. 271, de reactie van de minister van Veiligheid en Justitie daarop in *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VI, 80 en het advies van de Raad van State daarover (par. 5, slot).

18 Wel onderstrepen beide rapporten dat strafrecht en bestuursrecht van elkaar kunnen leren.

19 Zie onder, over de eis dat de boete ‘passend en geboden’ moet zijn.

Dat de bestuursrechter in beroep een boetebesluit ('vol') toetst, maar de strafrechter na verzet niet de strafbeschikking toetst maar zelfstandig een beslissing neemt, is eveneens een betrekkelijk verschil. Veel hangt namelijk af van de mate waarin de strafrechter zich in zijn beslissingen door de strafeis – en de daaraan ten grondslag liggende strafvorderingsrichtlijnen – laat leiden.

Verder kan worden verondersteld dat de strafrechter vooral vanuit het evenredigheidsbeginsel opereert, terwijl voor de bestuursrechter van oudsher het gelijkheidsbeginsel domineert. De ontwikkeling van standaarden in het strafrecht enerzijds en de toenemende nadruk in het bestuursrecht op de gelet op alle omstandigheden van het geval evenredige boetes anderzijds doen echter vermoeden dat ook dit verschil moet worden gerelativeerd.²⁰

3.2 *Verskil in kerntaak en (politieke of beleidsmatige) aansturing en verantwoording*

Dit punt van verschil is evident. Voor bestuursorganen gaat het om de zorg voor bijvoorbeeld infrastructuur, wonen, zorg, onderwijs en sociale zekerheid. In dat kader vormt handhaving een sluitstuk, terwijl binnen die handhaving aan herstel-sancties de voorkeur wordt gegeven boven bestraffende sancties. Daarentegen bestaat voor strafrechtelijke organen de kerntaak in het beoordelen van strafbare feiten en het opleggen van strafsancties.²¹

Met dit verschil in focus hangen een paar andere verschillen samen. Het eerste verschil is dat bestuursorganen zich, in tegenstelling tot het Openbaar Ministerie, kenmerken door een enorme diversiteit in positie en schaal. Ten tweede – en dat is van groter belang – is er een verschil op het punt van invloed van en verantwoording tegenover politieke organen. Voor de kerntaken van bestuursorganen is de wenselijkheid van deze invloed en verantwoording evident, al moet daarover gezien de geconstateerde diversiteit genuanceerd worden gedacht: een college van burgemeester en wethouders, bijvoorbeeld, neemt in deze context een andere positie in dan een zelfstandig bestuursorgaan. Voor officieren van justitie geldt een nog grotere zelfstandigheid;²² hun (beleidsmatige) aansturing is dan ook met bijzondere waarborgen omkleed.²³

Met dit laatste verschil is gezegd dat aan het idee dat de wetgever de strafbepalingen formuleert en binnen dat raamwerk straffen eerder een zaak van recht dan van beleid is, in geval van de bestuurlijke boete in het algemeen minder gemakkelijk is tegemoet te komen dan in geval van strafrechtelijke handhaving.

3.3 *Straffen als zaak van strafrechtelijke dogmatiek*

Dat straffen voor het strafrecht de kerntaak betreft maar voor het bestuursrecht slechts een (geringe) bijzaak, komt uiteraard tot uitdrukking in de dogmatiek van

20 Empirisch onderzoek zal hier uitsluitsel moeten geven.

21 Ofschoon praktisch niet onbelangrijk, hebben herstelsancties zoals voordeelsontneming en schadevergoeding in het strafrecht een secundaire betekenis.

22 Gezien hun magistraatelijke positie, die ondanks een 'verbestuurlijking' van het OM nog altijd bestaat.

23 Zie de in hoofdstuk 4 Wet RO opgenomen bepalingen m.b.t. het geven van aanwijzingen.

het betrokken rechtsgebied. De dogmatiek rond bestraffen is strafrechtelijke dogmatiek. Leerstukken over bijvoorbeeld daderschap, opzet en schuld, *ne bis in idem* en de evenredigheid van de sanctie zijn primair en speciaal in het strafrecht tot ontwikkeling gekomen. Zowel de wetgever als de bestuursrechter zoekt op deze punten aansluiting bij het strafrecht. Zie voor de wetgever bijvoorbeeld artikel 5:1, eerste en tweede lid, Awb, over het begrip overtreder.²⁴ Voor de bestuursrechter kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de ontwikkeling in de jurisprudentie, waarin deze rechter de hoogte van boetebesluiten steeds indringender is gaan toetsen en tegenwoordig net als zijn strafrechtelijke collega de maatstaf ‘passend en geboden’ hanteert.²⁵ Een ander voorbeeld is dat de bestuursrechter waar de boete is gerelateerd aan het met de overtreding behaalde voordeel, bij de uitleg van ‘voordeel’ aansluit bij artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht (Sr).²⁶ Inderdaad bestaan er binnen dezelfde leerstukken soms verschillen tussen bestuursrecht en strafrecht, maar uitgangspunt moet zijn dat deze zo veel mogelijk worden voorkomen.

Het bestaan van de coherente en verfijnde strafrechtelijke dogmatiek, gestoeld op een jarenlange traditie en groei van ervaring en inzicht, wordt door sommigen aangevoerd als belangrijkste argument voor de voorkeur voor strafrecht boven bestraffend bestuursrecht.²⁷ Inderdaad kan de relevantie van een dergelijke dogmatiek moeilijk worden overschat: een uitgebalanceerd en consistent rechtssysteem draagt bij aan de voorspelbaarheid, evenwichtigheid en begrijpelijkheid van (rechtvaardige) beslissingen. Voor wie zoals ik geen schotten ziet tussen de drie hoofdgebieden van het recht – privaatrecht, bestuursrecht en strafrecht – maar het gehele recht als een samenhangend systeem beschouwt, voert dit waar het om bestraffing is te doen echter niet tot een exclusieve rol voor het strafrecht. Bestrafing is een zaak voor het strafrecht en de strafvorderlijke organen. Er kunnen echter redenen zijn om daarnaast, of als alternatief, ook bestuursorganen een bestraffende taak te geven. Maar ook dan blijft het strafrecht van grote betekenis.

3.4 Tussenbeschouwing: materieel strafrecht, procedureel bestuursrecht

Tegen deze achtergrond hoort bestraffing in beginsel in het strafrecht thuis. Er kunnen echter redenen zijn om ook het bestuursrecht een bestraffende functie te geven, met name in de vorm van het opleggen van bestuurlijke boetes. In dat kader is het bestuurlijkeboeterecht naar mijn mening als uitgangspunt in materieel opzicht strafrecht en in procedureel opzicht bestuursrecht. Dit betekent ten minste drie dingen. In de eerste plaats dat *procedurele* aspecten de voorkeur voor

24 Zie bijv. S.M. Peek & B. de Vries, ‘Beboeting van feitelijk leidinggevers in het financiële toezicht’, *FR* 2016, p. 98-108 en C.N.J. Kortmann, ‘Meer rechtseenheid in het overtrederbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband’, *NTB* 2017, p. 174-188.

25 Zie bijv. ABRvS 7 oktober 2015, AB 2016/339 m.nt. Jansen. Soms wordt zelfs de indruk gewekt dat de evenredigheid van de boete tot op de cent nauwkeurig kan worden bepaald; zie CRvB 6 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2047, waar uit de wetgeving in combinatie met de *lex mitior* wordt afgeleid dat afronding naar boven niet is geoorloofd.

26 Zie CBb 21 juni 2017, ECLI:NL:CBb:2017:206.

27 O.a. N.J.M. Kwakman, ‘De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting’, *NTB* 2006, p. 331-339.

de bestuurlijke boete boven de bestuurlijke strafbeschikking dienen te rechtvaardigen. In de tweede plaats dat binnen het bestuurlijke boeterecht zo veel mogelijk moet worden *aangesloten* bij het strafrecht. In de derde plaats is van betekenis dat ook andere dan procedurele aspecten op het keuzevraagstuk van invloed kunnen zijn; maar die aspecten moeten dan *expliciet* worden benoemd. Daarbij moet niet zozeer worden gedacht aan het verschil tussen toetsing door de bestuursrechter van boetebeschikkingen en de ‘vol’ beslissende strafrechter, en evenmin aan een verschil in waardering tussen de twee rechtsgebieden van het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Wel schuilt een aandachtspunt in de vraag in hoeverre bestraffing een zaak van recht dan wel beleid is, en het daarmee samenhangende verschil in aansturing en verantwoording. Dit alles is speciaal van belang voor de wetgever.

4. De kortzichtige wetgever

4.1 Doorgeschoten boetes: disbalans tussen bestuursrecht en strafrecht

Met het voorgaande is benadrukt dat in het kader van bestraffende sancties niet moet worden gedacht in gescheiden werelden, met name niet door de wetgever. Dat doet de wetgever echter wel, en wel in twee opzichten: in de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht en binnen het bestuursrecht, tussen de bijzondere delen ervan. Illustratief voor het eerste is de inmiddels beruchte Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Fraudewet),²⁸ die mede in vergelijking met het strafrecht tot – in de woorden van de Nationale ombudsman – ‘disproportioneel hoge boetes’ leidde.²⁹ Zie over deze wet uitvoerig de bijdrage van Jakob Hofsteenge.

In aansluiting daarop nog dit. Natuurlijk is het aan de wetgever om recht te doen aan een politieke roep om sociale fraude flink aan te pakken.³⁰ Wanneer aan die flinke aanpak echter op zodanige wijze inhoud wordt gegeven dat daarmee redelijkerwijs vaststaat dat het bestraffende handhavingssysteem als geheel in onbalans raakt, moet de wetgever rekening houden met reacties vanuit de rechtspraak,³¹ in casu mitigering in de vorm van verfining naar 100, 75, 50 en 25 procent van het benadelingsbedrag, voor respectievelijk opzet, grove schuld, gewone verwijtbaarheid en verminderde verwijtbaarheid. Hiermee wordt de verhouding tot het strafrecht gecompliceerd.³² Bovendien is een eigen dynamiek ontstaan: de juris-

28 Inmiddels is het VNG Kenniscentrum Handhaving en Naleving, samen met Stimulanz, bijgesprongen. Zie hun *Opzet en grove schuld. Overzicht uitspraken CRvB waarin opzet en grove schuld zijn aangenomen*, laatstelijk juni 2017 (regelmatig te actualiseren).

29 Rapport *Geen fraudeur, toch boete*, 4 december 2014, rapportnr. 2014/159, p. 5.

30 Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33207, 3, p. 18-19.

31 En mogelijk ook het bestuur, dat weezin kan ervaren bij het opleggen van als veel te hoog ervaren boetes en daarom maar in het geheel van die boetes afziet.

32 Daarover B.F. Keulen, ‘Naar een bestuurlijke strafbeschikking sociale zekerheid?’, *DD* 2015/50, par. 4.

prudentie in reactie op doorgesloten wetgeving heeft geleid tot nieuwe wetgeving, waarin geen sprake meer is van eenvoud en efficiëntie.³³

Het oorspronkelijke stelsel van eenvoudig vast te stellen overtredingen met dito sancties is vervangen door een verfijnder stelsel, dat gepaard zal gaan met verhoogde bestuurslasten: er zal niet alleen flink moeten worden geïnvesteerd in de (strafrechtelijke!) scholing van medewerkers belast met het opleggen van bestuurlijke boetes,³⁴ ook het voorbereiden en nemen van boetebeschikkingen zullen met extra tijd en dus kosten gepaard gaan. Dit alles was min of meer voorzienbaar, zodat geconcludeerd moet worden dat de wetgever zich soms laat leiden door kortetermijndenken en dan voorwaardelijk opzet kan hebben op hogere bestuurslasten op langere termijn dan noodzakelijk is. Dit gebrek aan aandacht voor *doelmatigheid* heeft te maken met een gebrek aan *juridische* aandacht voor rechtvaardige boetes en het met het oog daarop voorkomen van een disbalans tussen bestuursrecht en strafrecht.³⁵

4.2 *Elk departement voor zich*

Ook binnen het bestuursrecht denkt de wetgever in het kader van bestraffende sancties in gescheiden werelden. Zo blijken de verschillende departementen voor hun eigen bijzondere delen van het bestuursrecht in opvallende mate een eigen systematiek te hanteren. Dit geldt voor zowel de inrichting van het boetestelsel als de hoogte van bestuurlijke boetes.

Wat betreft de inrichting van het stelsel komen gebonden en discretionaire bevoegdheden naast elkaar voor.³⁶ Verder bestaan er stelsels met wettelijk gefixeerde boetes en met vrije boetes, met daarnaast allerlei tussen- en mengvormen (bijvoorbeeld systemen met tarieflijsten, met bandbreedtes of met basisbedragen gecombineerd met boeteverhogende en -verlagende factoren).³⁷ Gelet op de mitigeringsplicht van het derde lid van artikel 5:46 Awb in geval van wettelijk gefixeerde boetes en de gebruikelijke aanwezigheid van beleidsregels bij vrije boetes zijn de grenzen tussen de verschillende soorten stelsels in het algemeen niet scherp. Aan de andere kant is de betekenis van beleidsregels op het punt van de hoogte van de boete sterk gerelativeerd: de beleidsregels vormen slechts een uitgangspunt; het gaat erom – zie paragraaf 3 – dat de boete ‘passend en geboden’ is. Per saldo maakt de keuze voor het ene dan wel het andere stelsel daarom wel

33 Wet van 23 augustus 2016, houdende wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete, *Stb.* 2016, 318.

34 Onder wie bijv. mensen die sociaaljuridische dienstverlening hebben gestudeerd.

35 Hierbij is van betekenis dat het een kwestie van toeval kan zijn of men in het bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke stelsel belandt. Dat toeval dient niet – op straffe van wantrouwen in de overheid – te resulteren in willekeur in sanctiezwaarte.

36 Met dien verstande dat gebonden boetebevoegdheden, die voorkomen op het terrein van het socialezekerheidsrecht en het migratierecht, uitzondering zijn: conform het strafrecht met zijn opportuniteitsbeginsel domineren in het bestuursrecht discretionaire boetebevoegdheden.

37 Bröring e.a. 2012, o.a. p. 187-193 en 247-248.

degelijk uit. In dit licht is het merkwaardig dat de wetgever zijn keuze voor een bepaald stelsel niet adequaat pleegt te motiveren.³⁸

Iets dergelijks geldt eveneens wat betreft de hoogte van bestuurlijke boetes. Conform artikel 5:46 lid 1 Awb is er altijd een wettelijk maximum. Maar de motiveerling voor dit wettelijk maximum blijft veelal summier. Vooral departementale tradities lijken op de boetehoogte van invloed te zijn (padafhankelijkheid), al kunnen daarachter ook verschillen in betrokken te beschermen rechtsgoed schuilgaan.

4.3 *Tussenbeschouwing: bestuurlijke strafbeschikking geen oplossing voor belangrijkste knelpunt*

Naar mijn mening vormen in het bestraffende recht als geheel doorgeschoten boetes en het gebrek aan rechtseenheid op het punt van de boetehoogte, waarmee inbreuk wordt gemaakt op beginselen van evenredigheid en gelijke behandeling, het belangrijkste knelpunt. Voor beide aspecten zou het strafrecht maatgevend moeten zijn. Uitgaande van de betrokkenheid van dezelfde rechtsgoederen c.q. factoren die de boetehoogte bepalen, ligt ook voor het bestuursrecht aansluiting bij artikel 23 Sr voor de hand.³⁹ Nadere stappen bij de bepaling van de boetehoogte kunnen een plaats krijgen in een Integraal Afwegingskader (IAK).⁴⁰

In zijn advies heeft de Raad van State aangegeven deze voorstellen en de kabinetsreactie daarop ontoereikend te vinden en een sterkere positie van het ministerie van Veiligheid en Justitie bepleit.⁴¹ Gegeven de positie van vakministers in het wetgevingsproces mist dit pleidooi naar mijn mening echter realiteitsgehalte. In samenhang hiermee biedt ook een keuze voor de bestuurlijke strafbeschikking geen uitkomst. Zolang de boetehogtes per vakdepartement en in bijzondere wetgeving worden geregeld, in plaats van door alleen het ministerie van Veiligheid en Justitie en in het Sr, zal vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking slechts een verplaatsing van het probleem betekenen: dan zou men binnen het strafrechtelijke stelsel te maken krijgen met die doorgeschoten boetes en dat gebrek aan rechtseenheid op het punt van de boetehoogte, en zou de strafrechter dezelfde creativiteit als de bestuursrechter aan de dag moeten leggen (zo men wil: zich van dezelfde ‘trukendoos’ moeten bedienen).

5. De andere gehanteerde indicatoren

5.1 *Deels blijvende, deels geen beslissende betekenis*

De Raad van State heeft een aantal redenen ten gunste van de bestuurlijke boete op overtuigende wijze ontmaskerd of gerelativeerd, in het bijzonder door erop te wijzen dat bepaalde voordelen van de bestuurlijke boete door de invoering van de

38 Idem, p. 254.

39 Idem, p. 266.

40 Idem, p. 271 en 277-281.

41 Advies van de Raad van State, par. 5, slot.

bestuurlijke strafbeschikking zijn achterhaald. Hoe zit het met de andere indicatoren – zie paragraaf 2 – die voor de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht zijn aangevoerd?

Dat zaken waarin sprake is van *letsel* aan personen of *schade* aan goederen voor het strafrecht zijn gereserveerd, lijkt mij juist. Letsel of schade is echter niet alleen prohibitief voor de bestuurlijke boete, maar in beginsel ook voor de (bestuurlijke) strafbeschikking. Merkwaardig en onhanteerbaar daarentegen vind ik de opvatting dat er plaats is voor bestuursrechtelijke bestraffende handhaving waar normen zonder *ethische* lading zijn geschonden; het strafrecht zou dan gaan over schending van normen met ethische lading. Dit onderscheid is merkwaardig en onhanteerbaar, in aanmerking genomen dat in het strafrecht en het bestuursrecht dezelfde rechtsgoederen in het geding zijn (zij het dat het rechtsgoed in het ene rechtsgebied meer bescherming krijgt dan in het andere). Arbeidsomstandigheden- of milieunormen, bijvoorbeeld, zijn mede gericht op de bescherming van de veiligheid van personen. Maar ook administratieve normen, zoals de inlichtingenplicht in de sociale zekerheid, hebben een ethische achtergrond.⁴²

Dat bij behoefte aan *ingrijpende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden* het strafrecht de voorkeur geniet, acht ik correct.⁴³ Zulke bevoegdheden en opsporingsbevoegdheden dienen vergezeld te gaan van in het strafrecht neergelegde waarborgen en onder toezicht van een strafvorderlijk orgaan te staan. Gesignaleerd wordt dat deze opvatting aan erosie onderhevig is. Op deelterreinen van het bestuursrecht worden bestuursorganen of hun toezichthouders met aanvullende – ingrijpende – handavingsbevoegdheden bekleed,⁴⁴ of doet men alsof men daarmee is bekleed, door zonder voldoende wettelijke grondslag gebruik te maken van een mysteryguest, stelselmatige observatie of het traceren waar iemand zich bevindt (uitpeilen).⁴⁵ Wanneer deze ontwikkeling zich doorzet, zou daarin naar mijn mening een argument kunnen worden gevonden om categorieën van bestraffende handhaving van het bestuursrecht over te hevelen naar het strafrecht.

Ook de behoefte aan *internationale samenwerking* (rechtshulp) is nog altijd een argument ten gunste van de strafrechtelijke weg. Dit met de kanttekening dat op bepaalde terreinen van het bestuursrecht, zoals het kartelrecht of het vreemdelingenrecht, reeds veel wordt samengewerkt, met name in het verband van de Europese Unie.

42 Verondersteld kan worden dat de gedachte dat het bestuursrecht gaat over normen zonder ethische lading wordt gevoed door de gedachte dat het bestuursrecht een instrumenteel karakter heeft. Alsof andere rechtsgebieden geen instrumenten met het oog op één of meer doelen vormen, maar een doel in zichzelf zijn. Uiteindelijk is het steeds, ook in het bestuursrecht, te doen om de bescherming van rechtsgoederen.

43 De behoefte aan inzet van de politie kan weliswaar meewegen, maar lijkt mij op zichzelf beslissend. De wettelijke regeling van de inzet van 'de sterke arm' bij bestuursdwang bevestigt dat.

44 Ten opzichte van de in titel 5.2 Awb vervatte bevoegdheden van de toezichthouder.

45 Zie ook Y.E. Schuurmans & S.H. Ranchordás, 'The mystery guests in het bestuursrecht: fraudeonderzoek door particuliere recherchebureaus', *NTB* 2016, p. 378-386.

De indicator van de mate waarin overtreders na een opgelegde sanctie een *oordeel van de rechter* vragen, blijft eveneens relevant. Waar overtreders vrijwel steeds de stap naar de rechter zetten en de filterwerking van de primaire fase dus gering is, zou de rechter ook zelf meteen de primaire beslissing over de sanctie kunnen nemen. Nota bene: deze redenering geldt met betrekking tot zowel de bestuurlijke boete als de (bestuurlijke) strafbeschikking.

Het criterium van de behoefte aan *documentatie* is weinig steekhoudend. Ook in het bestuursrecht is behoefte aan documentatie. Die documentatie bestaat in de praktijk ook. Zij omvat niet alleen informatie over eerder opgelegde boetes,⁴⁶ maar ook informatie over onder meer vergunningverlening, controles en herstel-sancties. Een voordeel van de strafrechtelijke documentatie is dat deze landelijke dekking heeft, terwijl bestuurlijke documentatie soms tot de eigen organisatie beperkt blijft. Soms, want veel bestuurlijke informatie wordt gedeeld met andere bestuurlijke organisaties en het Openbaar Ministerie. Over de aan de documentatie verbonden consequentie van het strafblad zou ik willen opmerken dat een strafblad reeds na een strafbeschikking van € 100 mij te ver gaat. Anderzijds zouden de strafrechtelijke en de bestuursrechtelijke documentatie meer kunnen worden geïntegreerd, en zou ook aan de registratie van zware boetes de consequentie van een strafblad kunnen worden verbonden.⁴⁷

Bij het keuzevraagstuk zijn meer aspecten van betekenis. Te denken valt aan de door de Raad van State geïnventariseerde concrete punten van verschil tussen bestuursrecht en strafrecht en aan een aspect als de besteding van de opgebrachte boetegelden. Op deze plaats wordt herhaald dat deze aspecten niet van beslissende aard zijn: ze wijzen niet duidelijk in de richting van het ene of het andere handhavingssysteem. Verwezen wordt naar paragraaf 2.

Bij dit alles moet men in de gaten houden dat sommige indicatoren betrekking hebben op de verhouding tussen bestraffend bestuursrecht en strafrecht en andere op die tussen bestraffend bestuursrecht, meer specifiek de bestuurlijke boete, en de bestuurlijke strafbeschikking. Hieronder gaat het uitsluitend nog om deze laatste verhouding.

5.2 Tussenbeschouwing

In paragraaf 2 bleek dat de Raad van State op goede gronden een aantal redenen ten gunste van de bestuurlijke boete op overtuigende wijze heeft gerelativeerd of ontmaskerd. Voorts werd gewezen op concrete punten van verschil tussen bestuursrecht en strafrecht, voorzien van de opmerking dat deze niet op voorhand een voorkeur voor het ene dan wel het andere rechtsgebied betekenen. In paragraaf 3 kwam als belangrijkste bevinding naar voren dat bestuurlijkeboete-

46 Noodzakelijk voor bijv. het bepalen van de boetehoogte of de keuze voor de strafrechtelijke weg na recidive of herhaalde recidive.

47 Verdedigbaar is evenwel dat een strafblad alleen gekoppeld mag worden aan een rechterlijke beslissing. Zie ook de opinie van J. Teunissen, 'Heroverweeg de strafbeschikking', *NJB* 2017, p. 1327-1328.

recht in materieel opzicht strafrecht is, zodat vooral procedurele argumenten een keuze voor de bestuurlijke boete moeten rechtvaardigen. In paragraaf 4 werd geconcludeerd dat het cruciale probleem van doorgeschoten boetes en het gebrek aan rechtseenheid op het punt van de boetehoogte niet worden opgelost door vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking.

Vervolgens werd geconstateerd dat sommige 'klassieke' argumenten ten gunste van strafrechtelijke afdoening nog recht overeind staan (letsel en schade; internationale rechtshulp), terwijl andere weinig hout snijden (ethisch gehalte) of daaraan geen relevantie voor het keuzevraagstuk bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking toekomt (oordeel van de rechter; documentatie). Zorg baart de ontwikkeling van het toenemend gebruik van ingrijpende onderzoeksmethoden in het bestraffende bestuursrecht. Op termijn kan deze ontwikkeling zich tegen de aanvaardbaarheid van de bestuurlijke boete keren. Ook het als gevolg van ondoordachte wetgeving en bijbehorende eigen dynamiek sterk gecompliceerd raken van het bestuurlijkeboeterecht, zoals dat op het terrein van de sociale zekerheid is geschied (zie par. 4), is trouwens geen aanbeveling voor deze bestuurlijke sanctie. Aan de andere kant zijn er anno 2017 argumenten die nadrukkelijk voor de bestuurlijke boete pleiten.

6. Belangrijke argumenten anno 2017

6.1 *Intro*

Bestraffende handhaving hoort als uitgangspunt in het strafrecht thuis. De mogelijkheid van de bestuurlijke strafbeschikking, waarmee belangrijke voordelen van de bestuurlijke boete zijn komen te vervallen, zet dit uitgangspunt kracht bij. Er kunnen desalniettemin goede redenen zijn om in plaats van deze strafbeschikking te kiezen voor de bestuurlijke boete. Zoals opgemerkt, zullen vooral procedurele aspecten de voorkeur voor de bestuurlijke boete dienen te rechtvaardigen. Maar ook andere aspecten kunnen een rol spelen. Hieronder wordt dit uitgewerkt. Aan de orde komt het allerbelangrijkste argument van voorkomen van nodeloze extra procedures. Voorts wordt aandacht besteed aan decentralisatie (mede in verband met de politiek-bestuurlijke context c.q. aanvaardbaarheid van lokale verschillen in bestraffende handhaving) en de aanwezigheid van open normen en zorgplichten.

6.2 *Voorkomen van extra procedures*

Op alle terreinen, en dus ook op de omvangrijke terreinen van het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht, kan de bestuurlijke boete worden vervangen door de bestuurlijke strafbeschikking. Maar zeker op deze terreinen zijn de nadelen daarvan overduidelijk zeer groot. Dat komt omdat op deze terreinen in geval van een overtreding veelal ook een herstelsanctie wordt gegeven (naheffing; herziening en terugvordering), en de bestraffende sanctie daarvan een afgeleide is. In de praktijk plegen het herstel- en het bestraffende traject grotendeels parallel te lopen, met name in de fasen van bezwaar en beroep bij de rechter. Een keuze voor

de bestuurlijke strafbeschikking zou neerkomen op een splitsing en verdubbeling van procedures: een bestuursrechtelijk hersteltraject gevolgd door een strafrechtelijk bestraffend traject.

Dat is niet alleen hoogst inefficiënt, waar het gaat om de inzet van publieke middelen (bestuursorgaan en bestuursrechter én officier van justitie en strafrechter moeten zich in de zaak verdiepen, en dat – waar de strafsancie een afgeleide is van het benadelingsbedrag – in de juiste volgorde), het betekent bovendien een dubbele belasting voor de overtreder, die met gescheiden procedures voor dezelfde overtreding te maken krijgt. Dit laatste moet uit een oogpunt van het (strafrechtelijke!) *nemo debet bis vexari* worden voorkomen.

Het pleidooi voor behoud van de bestuurlijke boete in het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht spreekt alleen al in het licht van het voorkomen van extra procedures voor zich. Dit pleidooi gaat meer in het algemeen op waar in de praktijk geschillen over herstelbeschikkingen en bestuurlijke boetes samenkomen in dezelfde procedure van (de primaire fase en) bezwaar en beroep bij dezelfde instantie. Naast het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht – en het verwante studiefinancieringsrecht – valt voorts te denken aan het financieel recht, waar het voorkomt dat De Nederlandsche Bank (DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (AFM) naast een last onder dwangsom een bestuurlijke boete oplegt. Andere ‘regulators’ of toezichthouders idem dito.⁴⁸

Het is niet alleen om doelmatigheidsredenen en het *nemo debet bis vexari* van belang dat extra procedures bij verschillende instanties zo veel mogelijk worden voorkomen, maar ook om redenen van het vaststellen van evenredige sancties. Immers, het *totale* sanctiepakket moet evenredig zijn.⁴⁹ Dit geldt ook waar meerdere (bestuursrechtelijke en/of strafrechtelijke) strafsancies aan de orde zijn. Veel vaker zal echter sprake zijn van een combinatie van een herstelsancie en een bestraffende sanctie. In dat geval heeft uit een oogpunt van evenredigheid van de bestraffende sanctie een beoordeling van beide sancties in een en dezelfde procedure sterk de voorkeur.

In wezen is voorgaand pleidooi ten gunste van de bestuurlijke boete een concrete uitwerking van de relatief laat ingebrachte indicator van het onderscheid tussen een *besloten* (bestuursrecht) en *open* (strafrecht) *context* (zie par. 2). In zoverre is het een eerherstel voor deze – te sterk gerelativeerde – indicator. Naar mijn overtuiging is het voorkomen van extra procedures het allerbelangrijkste argument pro de bestuurlijke boete, en dus contra de bestuurlijke strafbeschikking. De volgende aspecten zijn niet eenduidig.

48 Onverschillig of ze een zelfstandig bestuursorgaan (Autoriteit Consument en Markt) of een onderdeel van een departement (Inspectie SZW, Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT), Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), Agentschap Telecom) zijn.

49 Aldus T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in hun noot onder EHRM 15 november 2016, AB 2017/188, onder verwijzing naar HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:241.

6.3 Decentralisatie

Een belangrijk argument ten gunste van de bestuurlijke boete was dat het bestuur waar het gaat om bestraffende handhaving niet afhankelijk is van de bereidheid van het Openbaar Ministerie om tot vervolging over te gaan, maar zelf de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de eigen normen kan nemen en integraal handhavingsbeleid kan voeren (zie par. 2). Dit argument is met de mogelijkheid van de bestuurlijke strafbeschikking ten minste gedeeltelijk komen te vervallen. Ook in geval van de bestuurlijke strafbeschikking gaat het bestuur namelijk over de opportuniteit, niet het Openbaar Ministerie, aldus uitdrukkelijk de regering:

‘Een uitgangspunt (...) is dat het bevoegde gezag (bij het toepassen van de bestuurlijke strafbeschikking) een grote mate van beleidsvrijheid toekomt ten opzichte van het OM. (...). Het College van procureurs-generaal houdt toezicht op de wijze waarop het bevoegde gezag gebruik maakt van zijn strafbeschikkingsbevoegdheid. [Dat] betekent niet dat het OM aanwijzingen kan geven aan het bevoegde gezag betreffende de opsporing van feiten, noch dat het OM het bevoegde gezag in beheersmatige zin mag aansturen.’⁵⁰

Dit citaat, dat erop neerkomt dat ook onder de vigeur van de bestuurlijke strafbeschikking lokale verschillen in (bestraffende) handhaving worden geaccepteerd, is voor de decentrale overheid van groot belang. Hierbij moet worden benadrukt dat de rechtsgelijkheid op het punt van het wel of niet opleggen van een bestuurlijke boete (of het uitvaardigen van een bestuurlijke strafbeschikking) niet als een juridisch-technische kwestie valt aan te merken. Wie op dit punt, uit een oogpunt van rechtsgelijkheid, geen beleidsverschillen tussen bijvoorbeeld gemeenten wil, dient niet te kiezen voor de bestuurlijke boete of de *bestuurlijke* strafbeschikking, die beide tegemoetkomen aan het decentralisatiemotief, maar voor de ‘gewone’ strafbeschikking of de bij dagvaarding ingeleide strafprocedure, die beide wat betreft hun opportuniteit onder (centrale) regie van het Openbaar Ministerie staan.

Hetgeen in het citaat wordt opgemerkt, sluit aan bij de bestuurlijke behoefte aan integraal beleid, waarbij de plaats en rol van bestuurlijke bestraffende handhaving mede worden afgestemd op de inzet van herstelsancties. Het ‘toezicht’ dat het Openbaar Ministerie in het kader van verzet op bestuurlijke strafbeschikkingen kan uitoefenen, blijft beperkt tot juridisch-technische aspecten, zoals inzake het bewijs van het strafbare feit. Als geconstateerd, zijn er geen aanwijzingen dat het in dit verband met de kwaliteit van bestuurlijke strafbeschikkingen beter is gesteld dan met die van bestuurlijke boetebeschikkingen (zie par. 2). Daarenboven is het de vraag of de (strafrechtelijke) verzetsprocedure in dit verband meer heeft te bieden dan de (bestuursrechtelijke) bezwaarschriftprocedure (zie par. 2).

50 Nota van toelichting bij het Besluit van 5 april 2012, houdende wijziging van het Besluit OM-afdoening en enkele andere besluiten in verband met de invoering van de bestuurlijke boete, *Stb.* 2012, 150, par. 2.3 Verhouding OM-bestuur, p. 34, waar voorts staat: ‘Gezien de beleidsvrijheid van het bestuur ten opzichte van het OM is er geen ruimte voor het OM om zaken op beleidsmatige gronden te seponeren door intrekking van de uitgevaardigde bestuurlijke strafbeschikking. Wel kan het OM de bestuurlijke strafbeschikking intrekken om juridisch-technische redenen.’

Vooralsnog is eerder het tegendeel het geval. Een mogelijk voordeel van de bestuurlijke strafbeschikking is dat in de context van het strafrecht meer eenheid tussen decentrale overheden op het punt van de boetehoogte kan worden bereikt. Dit veronderstelt dat er op dit punt decentrale verschillen zijn. Of dit inderdaad zo is, is mij niet bekend. Een ander voordeel is dat bestraffing in het kader van het strafrecht een sterkere impact voor de overtreder pleegt te hebben dan in het kader van het bestuursrecht, en daarom een grotere afschrikkende werking heeft. Dit is een belangrijk element, dat echter vooral opgaat wanneer de overtreder voor de strafrechter moet verschijnen (openbare behandeling, criminalisering). In geval van een strafbeschikking poogt men dit laatste juist te vermijden. Per saldo lijkt de bestuurlijke strafbeschikking, ten opzichte van de bestuurlijke boete, in de context van decentralisatie geen toegevoegde waarde te hebben, tenzij op decentraal niveau juridisch-technische tekortkomingen zouden bestaan die enkel op het niveau van het Openbaar Ministerie, in verzetsprocedures, kunnen worden beoordeeld. Gegeven de aanwezigheid van professionele handhavers in het fysieke domein (omgevingsdiensten!) is laatstbedoelde noodzaak op dat rechtsgebied niet evident. In het sociale domein zou dat inmiddels, als gevolg van toegenomen (strafrechtelijke!) complexiteit (zie par. 4), anders kunnen zijn.

6.4 Aard van de normen

In het bestuursrecht wordt in toenemende mate gewerkt met open normen en zorgplichten. In geval van (open) zorgplichten rust op de normadressaten een primaire verantwoordelijkheid voor de invulling van de norm. Die invulling pleegt plaats te vinden in een interactie met het bestuur, waarbij de vraag of aan eisen van bepaalbaarheid (*lex certa*) is voldaan mede wordt beantwoord door hoe de betrokken actoren met elkaar hebben gecommuniceerd ('transparantie door communicatie').⁵¹ Uitgangspunt is hier de compliancebenadering, waarbij sterk wordt ingezet op de eigen verantwoordelijkheid voor zowel de norminvulling (zelfregulering) als de normhandhaving (eigen auditing).

De inzet van het strafrecht, ook al gaat het om de bestuurlijke strafbeschikking, lijkt zich niet goed te verdragen met interactieve normstelling en compliance. Daar komt bij dat voorkomen moet worden dat naast de normstelling op basis van interactie tussen de betrokken actoren eigen normstelling door het Openbaar Ministerie plaatsvindt. Niet alleen zou een dergelijke dubbele normstelling tot rechtsonzekerheid leiden, ook zou het Openbaar Ministerie zich daarmee al te zeer in het handhavingsbeleid van de toezichthouder (regulator) kunnen mengen. Daar staat tegenover dat, afhankelijk van de wijze waarop de bestuursrechter de interactieve normstelling uit een oogpunt van rechtszekerheid beoordeelt, meer tegenwicht van een derde, het Openbaar Ministerie, wenselijk kan zijn.

51 Hierover H.E. Bröring & O.O. Cherednychenko, 'Principle-Based Regulation and Public Trust in the Post-Crisis World: The Dutch Case of Financial Services', in: S. Comtois & K. de Graaf (red.), *On Lawmaking and Public Trust*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016, p. 55-71.

6.5 Overig

De betekenis van decentralisatie en van de aanwezigheid van open normen en zorgplichten voor het keuzevraagstuk bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking is weliswaar niet eenduidig, maar beide aspecten lijken betere papieren voor de bestuurlijke boete dan voor de bestuurlijke strafbeschikking te hebben. Dat geldt voor meer aspecten. Ik noem er nog twee.

In de eerste plaats het aspect van de *heroverweging* van de opgelegde sanctie. Naar mijn overtuiging heeft de (bestuursrechtelijke) bezwaarschriftprocedure grote voordelen ten opzichte van de (strafrechtelijke) verzetsprocedure. Hierbij is van betekenis dat de bezwaarschriftprocedure een volledige heroverweging impliceert (art. 7:11 lid 1 Awb), wat met name in geval van decentralisatie bij de bestuurlijke strafbeschikking niet opgaat (zie boven), en een grondiger regeling (in de Awb en verordeningen) kent dan de verzetsprocedure. In zoverre is de bestuurlijke boete met (veel) meer waarborgen omkleed dan de bestuurlijke strafbeschikking.

In de tweede plaats is er een ontwikkeling van digitalisering waarbij de *burger in toenemende mate verantwoordelijk* wordt gemaakt voor de inhoud van de eigen beschikking (uitkering, vergunning, enzovoort), in combinatie met meer bestuurlijke aandacht voor de handhaving. Bij deze verschuiving van bestuurlijke aandacht 'van de voorkant naar de achterkant' past geen versterking van de criminalisering door in plaats van de bestuurlijke boete meer in te zetten op strafrechtelijke handhaving (ook al gaat het in eerste aanleg om de bestuurlijke strafbeschikking).

7. Slotbeschouwing: lang leve de bestuurlijke boete

Wat zijn anno 2017 de argumenten ten gunste van de bestuurlijke boete? Door de mogelijkheid van de bestuurlijke strafbeschikking is deze vraag in een nieuw daglicht komen te staan. Anderzijds zijn sommige oude argumenten ook vandaag de dag nog steeds relevant, en kleven ook aan de bestuurlijke strafbeschikking nadelen. Hierbij is van betekenis dat strafrecht en bestuursrecht naar elkaar toe zijn gegroeid en dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in het algemeen niet onderdoet voor de strafrechtelijke, en op onderdelen zelfs beter is. De mate waarin bepaalde argumenten betekenis toekomt, hangt verder sterk af van de kenmerken van het betrokken beleidsterrein. Is sprake van decentralisatie? Van open normen en zorgplichten? Van extra verantwoordelijkheid (in het digitale tijdperk) van de burger voor de eigen beschikking? Zolang de bestuurlijke strafbeschikking in die (wisselende) context geen duidelijke voordelen boven de bestuurlijke boete heeft, heeft het weinig zin laatstgenoemde sanctie door de eerstgenoemde te vervangen.

Intussen wijst één argument ondubbelzinnig en ijzersterk in de richting van een voorkeur van de bestuurlijke boete boven de bestuurlijke strafbeschikking. Dat is de wens – en de noodzaak – om extra procedures zo veel mogelijk te voorkomen. Houd procedures zo veel mogelijk bij elkaar en voorkom waar het om dezelfde

belanghebbende en hetzelfde dossier gaat dat bijvoorbeeld het intrekken van een vergunning of het opleggen van een herstelsanctie en een bestraffende sanctie in verschillende procedures door verschillende instanties wordt behandeld. Dit argument is de belangrijkste uitwerking van mijn centrale uitgangspunt dat bestuurlijkeboeterecht in materieel opzicht strafrecht en in procedureel opzicht bestuursrecht is.

Andere indicatoren zijn minder eenduidig. In geval van bestraffing en handhaving meer in het algemeen kan het bewaren van afstand tot politiek en bestuur verstandig zijn. Maar de beperking van de rol van het Openbaar Ministerie tot de beoordeling van de juridisch-technische kwaliteit van beslissingen helpt dan onvoldoende. Hiermee is gezegd dat het functioneren van de omgevingsdiensten goed in de gaten gehouden moet worden. Wellicht kunnen deze diensten op termijn in grotere onafhankelijkheid hun taak gaan vervullen.⁵² Ook andere toekomstige ontwikkelingen kunnen van betekenis zijn. Te denken valt onder meer aan een toenemend gebruik in het bestuursrecht van ingrijpende onderzoeksmethoden. Naar mijn mening zou een dergelijke ontwikkeling juist een keuze voor de strafbeschikking in de hand werken.

Ook de komende tijd zal de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht een regelmatig terugkerend thema zijn. Voor het strafrecht blijft hoe dan ook een belangrijke rol weggelegd. De relatie tot de bestuurlijke strafbeschikking zal niet zozeer afhangen van nieuwe indicatoren (alle indicatoren zijn inmiddels wel genoemd), als wel van hun context en praktische betekenis. Verder is van belang dat beide rechtsgebieden van elkaar blijven leren. Het advies van de Raad van State heeft daarvoor een mooie voorzet gegeven. De zwaarte van sancties, in samenhang met de rol van het ministerie van Veiligheid en Justitie, vormt hierbij een speerpunt. Maar ook bijvoorbeeld de strafrechtelijke verzetsprocedure in vergelijking met de bestuursrechtelijke bezwaarschriftprocedure is een interessant onderwerp voor nader onderzoek.

52 Conform de voorstellen van de Commissie Herziening Handhavingstelsel VROM-regelgeving (commissie-Mans), *De tijd is rijp*, 2008 (www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2009/12/10/de-tijd-is-rijp.html).